



NZP-240-17/2019/~~712~~/19/NM

Warszawa, ~~12~~..07.2019 r.

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Przełożenie 75 000 (+/- 10%) skrzynek znajdujących się w stosach na nowo zakupione regały w Archiwum Próbek Geologicznych w Kielnikach-Przymiłowicach („Postępowanie”).
Sygn. postępowania: NZP-240-17/2019

ZAWIADOMIENIE O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy, na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2) Ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” informuje, iż unieważnia przedmiotowe Postępowanie.

Uzasadnienie faktyczne:

Stosownie do przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Konieczne staje się wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu Prawa zamówień publicznych, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Do tych przesłanek należy zaliczyć następujące okoliczności:

- 1) fakt wystąpienia wady postępowania,
- 2) wada musi być niemożliwa do usunięcia,
- 3) niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu,
- 4) zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6.

„Jednocześnie, Zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest uprawniony do brania pod uwagę zarówno okoliczności, skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 p.z.p., jak i powinien brać pod uwagę okoliczności, związane z unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 p.z.p.” –

tak np. Izba w wyroku z dnia 27 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO1127/17, czy w wyroku z dnia 11 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2502/17, w uzasadnieniu którego Izba stwierdziła, że „Przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p., odwołuje się nie tylko do podstaw unieważnienia umowy zawartych w zamkniętym katalogu art. 146 ust. 1 p.z.p., ale również do innych wad postępowania, z powodu których Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jest uprawniony do wystąpienia do sądu z powództwem o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 146 ust. 6 p.z.p. Katalog wad postępowania, które mogą skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest zatem katalogiem otwartym.”

Zamawiający wszczynając postępowanie na przełożenie 75 000 (+/- 10%) skrzynek znajdujących się w stosach na nowo zakupione regały w Archiwum Próbek Geologicznych w Kielnikach-Przymiłowicach zawarł w § 1 ust. 3 Istotnych warunków umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) następujący warunek rozwiązujący zgodnie z art. 89 Kodeksu cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 1025 ze zm.):

„3. Zważywszy na fakt, że realizacja przedmiotu Umowy uzależniona jest od wykonania w Archiwum Próbek Geologicznych NAG w Kielnikach - Przymiłowicach montażu modułów regałowych, Strony uzgadniają, że Umowa zawarta jest pod warunkiem rozwiązującym. Z tych względów Wykonawca zobowiązuje się do pozostawania w gotowości do realizacji Umowy do dnia 16.08.2019 r., z zastrzeżeniem, że Zamawiający pozostawia sobie prawo do jednostronnego powiadomienia Wykonawcy o zmianie tego terminu w przypadku opóźnień związanych z wykonaniem zadania opisanego w zdaniu poprzedzającym, nie dłużej jednak niż do 31.08.2019 r., przy czym brak powiadomienia Wykonawcy o przystąpieniu do realizacji w czasie pozostawania Wykonawcy w gotowości, powoduje ziszczenie się warunku rozwiązującego z jednoczesnym ustaniem skutków Umowy.”

Zamawiający w dniu 26.06.2019 r. unieważnił wspomniane w § 1 ust. 3 Istotnych warunków umowy postępowanie na Zakup regałów do hal nr C i B w Archiwum Próbek Geologicznych w Kielnikach-Przymiłowicach na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Ustawy - cena najkorzystniejszej oferty przewyższyła (prawie dwukrotnie) kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie miał możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Decyzja Zamawiającego wobec upływu terminu na wniesienie wobec niej środków ochrony prawnej stała się prawomocna i ostateczna a samo postępowanie którego przedmiotem był zakup regałów, w stosunku do których miały zostać wykonane czynności objęte niniejszym Postępowaniem, zostało unieważnione. Tym samym z oczywistych przyczyn w konsekwencji realizacja zamówienia objętego zakresem aktualnego Postępowania stała się niemożliwa.

Jednocześnie przewidziany w SIWZ § 1 ust. 3 Istotnych warunków umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) termin pozostawania przez wykonawcę w gotowości nie może być zachowany (14 dni) uwzględniając reżim czasowy trwania kolejnego postępowania o zamówienie publiczne w zakresie związanym z nabyciem regałów.

Zamawiający jednocześnie informuje, że planuje wszcząć nowe postępowanie na Zakup regałów do hal nr C i B w Archiwum Próbek Geologicznych w Kielnikach-Przymiłowicach, jednakże, postępowanie prowadzone będzie w trybie przetargu nieograniczonego o

szacunkowej wartości zamówienia powyżej 221 000 euro, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Oznacza to, że nawet w przypadku wszczęcia kolejnego postępowania w pierwszym zgodnym z Ustawą terminie (tj. 09.07.2019 r. – pierwszy dzień po upływie terminu na wniesienie odwołania od czynności Zamawiającego w postępowaniu na Zakup regatów) terminy wskazane w § 1 ust. 3 Istotnych warunków umowy nie byłyby w żaden sposób możliwe do zachowania.

Nie jest możliwe przeprowadzenie nowego postępowania na Zakup regatów do dnia 16.08.2019 r., czyli do ostatniego dnia, w którym Wykonawca wyłoniony w Postępowaniu ma pozostawać w gotowości do realizacji zamówienia na przełożenie skrzynek lub ma otrzymać powiadomienie o ewentualnym przedłużeniu tego terminu, biorąc pod uwagę, że pierwszym możliwym i prawnie dopuszczalnym terminem na otwarcie ofert w nowo wszczynanym postępowaniu był 13.08.2019 r.

Nie jest możliwa również realizacja umowy w przedmiotowym Postępowaniu przy ziszczeniu się warunku rozwiązującego – usługa przełożenia skrzynek jest bezpośrednio powiązana z zakupem regatów, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, usługa polega na wykonaniu:

„(...)usługi przełożenia 75 000 (+/- 10%) skrzynek znajdujących się w stosach na nowo zakupione regaty w Archiwum Próbek Geologicznych w Kielnikach-Przymiłowicach (Kielniki-Przymiłowice k. Częstochowy; 42-256 Olsztyn gmina Olsztyn, powiat częstochowski, woj. śląskie), polegającej na:

- 1) Wyniesieniu lub przewiezieniu odpowiednio z hal: „B” i „C” 75 000 (+/- 10%) skrzynek z materiałem geologicznym na plac w Archiwum Prób Geologicznego w Kielnikach na odległość od 100 do 120 metrów lub w inne miejsce w danej hali z zachowaniem kolejności skrzynek. Ustawienie na paletach oraz zabezpieczenie skrzynek z materiałem geologicznym przed szkodliwym działaniem warunków atmosferycznych (duże nasłonecznienie, deszcz, grad).*
- 2) Wniesieniu lub przewiezieniu do hal: „B” i „C” 75 000 (+/- 10%) skrzynek z materiałem geologicznym z miejsca tymczasowego składowania i ułożenie ich na zamontowanych regatach przy zachowaniu kolejności (nazwa otworu, nr skrzynki, głębokość).(...)”*

W związku z powyższym zawarcie ważnej umowy w Postępowaniu jest niemożliwe, biorąc pod uwagę fakt, iż już na dzień dzisiejszy ziszcza się warunek rozwiązujący umowę – Zamawiający do dnia 16.08.2019 r. nie przekaze Wykonawcy informacji dotyczącej tego czy ma lub czy będzie miał przystąpić do realizacji zamówienia.

Zgodnie z SIWZ – Załącznik nr 1 do SIWZ Opis przedmiotu zamówienia - Termin wykonania zamówienia:

„2. Realizacja tego zamówienia, powiązana będzie z realizacją umowy na Dostawę i montaż regatów. W zakładanym przez Zamawiającego sposobie wykonania zamówienia, przekładanie skrzynek powinno następować sukcesywnie z montażem regatów.”

Zamawiający dodatkowo wskazuje, że na aktualnym etapie Postępowania (po upływie terminu składania ofert w obecnym postępowaniu) nie istnieje możliwość dokonania zmiany terminu realizacji zamówienia w stosunku do opisanego w SIWZ bowiem ma on bezpośredni wpływ zarówno na konkurencyjność Postępowania (krąg adresatów zamówienia) i decyzję o

wzięciu udziału w Postępowaniu jak również wpływa w sposób bezpośredni na koszt jego realizacji.

Specyfikacja Postępowania nie przewidywała procedury dokonywania zmian terminu realizacji zamówienia, zaś termin realizacji zamówienia to istotny element umowy o zamówienie publiczne, co oznacza, że dla dopuszczalności zmian terminu wykonania zamówienia konieczne byłoby uprzednie przewidzenie takich możliwości w trybie art. 144 ust 1 Pzp. Jak wskazuje Prezes UZP w opinii „Jak należy formułować klauzule umowne na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp”:

Stosownie do treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Powyższy przepis umożliwia zamawiającemu dokonanie modyfikacji, o ile tylko w sposób jasny wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia okoliczności, od których spełnienia uzależnia możliwość zmiany umowy i zakres zmiany. Podkreślić należy, iż zbyt ogólne sformułowanie zakresu i warunków zmian w postanowieniach umownych wyklucza możliwość skorzystania przez strony umowy z normy zawartej w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawo do dokonania modyfikacji w świetle powyższego przepisu przysługuje jedynie w przypadku precyzyjnego opisu okoliczności uzasadniających zmianę umowy oraz dokładnego określenia modyfikacji, które nastąpią w przypadku wystąpienia wskazanych okoliczności.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział klauzuli dopuszczającej modyfikację umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia co powoduje, że zmiany takie na etapie wykonania zamówienia są dopuszczalne.

Zgodnie z art. 144 ust 3 Pzp - jeżeli zamawiający zamierza zmienić warunki realizacji zamówienia, które wykraczają poza zmiany umowy lub umowy ramowej dopuszczalne zgodnie z ust. 1-1b, 1d i 1e obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

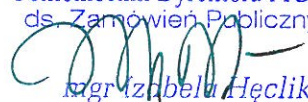
Wobec powyższego Zamawiający stwierdza iż postępowanie o udzielenie zamówienia na przełożenie skrzynek obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wada postępowania ma charakter trwałości i nieusuwalny – zmiana zapisów umowy po upływie terminu składania i otwarcia ofert jest niemożliwa.

Ze względów jak powyżej Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Uzasadnienie prawne:

Art. 93 ust. 1 pkt. 7, w związku z art. 146 ust. 6 ustawy.

Pełnomocnik Dyrektora PIG-PIB
ds. Zamówień Publicznych

mgr Izabela Hęclik